

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA PROMOVIDO POR CESAR AUGUSTO SIERRA SIERRA CONTRA BAVARIA & CIA. C.S.A. y AGENCIA DE SERVICIOS LOGISTICOS S.A. A.S.L. Radicación No. 25899-31-05-001-**2019-00077-01**.

Bogotá D. C. dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023)..

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020. Se decide el recurso de apelación interpuesto por Bavaria S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, contra la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró, el 4 de marzo de 2019, demanda ordinaria laboral contra Bavaria S.A. y la Agencia de Servicios logísticos S.A. A.S.L. con el objeto que se declare que existe con Bavaria S.A. un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 11 de marzo de 2004, que fue despedido estando en conflicto laboral; y como consecuencia, se condene a Bavaria S.A. a reinstalarlo al mismo cargo de operario de montacargas o auto elevador o uno de igual o superior jerarquía, ya que fue despedido y reintegrado por orden de tutela, y se condene a reajustar y pagar la diferencia salarial de los últimos 3 años, conforme el salario establecido para los autoelevadores según el pacto colectivo, a razón de \$2.560.000, al pago de la prima extralegal, incrementos salariales de los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, hasta que se haga efectivo el reconocimiento del contrato; y las costas y gastos del proceso.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que uno de los objetos sociales de la empresa Bavaria S.A. es la fabricación de cervezas, la producción y transformación de bebidas alimenticias; indica que se vinculó a

dicha empresa desde el 11 de marzo de 2004 a través de la organización Serdán, ejerciendo el cargo de montacargas o autoelevador hasta el 7 de diciembre de 2010, que en esa fecha se vinculó a la demandada por intermedio de Opción Temporal para ejercer las mismas labores. Que del 14 de mayo de 2015 al 2 de marzo de 2017 fue vinculado a través de la Compañía de Alimento y Logística S.A. y el 1 de abril de 2017 hasta la actualidad fue vinculado a través de la ASL S.A.; que siempre desempeñó el cargo de montacargas o autoelevador; que recibe órdenes de los jefes empleados de Bavaria S.A., cumple un horario en las instalaciones de esa empresa, la que le tiene asignado al cargo de autoelevador u operario de montacargas un salario mensual de \$2.658.000; indica que se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRACERGAL desde el 7 de junio de 2018, comunicándose esa afiliación a Bavaria el 13 del mismo mes y año; narra que el sindicato SINTRACERGAL y Bavaria S.A. se encuentran en conflicto laboral, la organización sindical le presentó pliego de peticiones a Bavaria S.A. el 14 de marzo de 2018. Que el 7 de julio de 2018 Bavaria S.A. a través de la empresa Agencia de Servicios Logísticos, lo trasladó sin justificación alguna y el 8 de julio de 2018 le entregaron, esas mismas empresas, comunicado de terminación de contrato sin justa causa, estando en tratamiento médico. Mediante acción de tutela, el Juzgado Promiscuo de Tocancipá, el 25 de septiembre de 2018, ordenó reintegrarlo; el 26 del mismo mes y año se presentó a laborar en las instalaciones de Bavaria S.A. Tocancipá y no se le permitió el ingreso, también se presentó en las instalaciones de ASL S.A. y tampoco se le permitió el ingreso. Que el 30 de agosto de 2018 el Instituto Latinoamericano de Neurología y Sistema Nervioso confirma la enfermedad de Lumbago Discopatía Lumbar L5-S1 con Radiculopatía L5 y le expide nuevas restricciones médicas laborales.

3. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante auto del 4 de abril de 2019 inadmitió la demanda (pág. 248 PDF 01), una vez subsanada se admitió por auto del 13 de junio de 2019 y ordenó notificar (pág. 268 PDF 01), diligencia que se cumplió como obra en el PDF 02 y 07.

4. ASL S.A., contestó la demanda el 6 de julio de 2021, oponiéndose a todas las pretensiones; frente a los hechos aceptó que el demandante suscribió contrato de trabajo el 1 de abril de 2017 con esa compañía, aclarando que no es una empresa intermediaria, sino que está legalmente constituida, independiente y con autonomía tanto financiera como administrativa, cuyo objeto principal es *“prestar servicios de operación logística”*. Señaló que *“si bien la operación para la que fue contratado el señor Sierra es del cliente Bavaria & CIA S.C.A., en las bodegas en las que se ejecuta la operación son entregadas por los clientes en comodato, actualmente el señor demandante se encuentra*

vinculado a mi representada sin la prestación de sus servicios"; que las funciones del actor siempre fueron las mismas, consistentes en el cargue y descargue de vehículos, en diversos sitios del centro de distribución, pues su tarea corresponde al lugar donde se le requiera para el cumplimiento y ejecución de sus funciones; señaló que el demandante está buscando un beneficio desconociendo a su real empleador con el cual está vigente la relación contractual desde el 1 de abril de 2017, la cual finalizó el 8 de julio de 2018, y luego por fallo de tutela se ordenó el reintegro el 25 de enero de 2019 hasta la fecha, y que debido a que la empresa no cuenta con un lugar para reubicarlo en Tocancipá para que cumpla con las restricciones emitidas por medicina laboral, le fue aplicado el artículo 140 del CST. Propuso las excepciones previas de inexistencia de la obligación, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, y la de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva (PDF 04).

5. Por auto del 29 de julio de 2021, el juzgado de conocimiento dio por contestada la demanda por Agencia de Servicios Logísticos S.A. (PDF 06).

6. La demandada BAVARIA S.A. contestó el 17 de agosto de 2021 se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos aceptó únicamente el relacionado con el objeto social de la empresa; respecto a los demás manifestó que el demandante nunca ha sido su trabajador y que no le ha impartido órdenes; señaló que el verdadero empleador del actor es la sociedad Agencia de Servicios Logísticos S.A., contratista independiente, y no Bavaria S.A., y que *"al revisar las bases de datos de nómina y de recursos humanos de la compañía no se encontró ni un solo documento donde conste que entre la parte demandante y BAVARIA existió una relación jurídica de naturaleza laboral, adicionalmente, BAVARIA desconoce si la parte actora en algún momento prestó sus servicios para la codemandada AGENCIA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A. así como también desconoce las funciones a su cargo y que estas se hayan desarrollado en las instalaciones de BAVARIA. Lo anterior, permite establecer que el demandante cumplía con las órdenes directas de ASL, siendo mi representada ajena a dicha relación laboral o contractual."*; frente al fuero circunstancial, reitera que Bavaria nunca sostuvo relación laboral ni contractual de ningún tipo con la parte demandante. Propuso en su defensa las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia del cargo montacarguista o autoelevador, prescripción, buena fe y compensación (PDF 08) y llamó en garantía a la compañía de seguros que respalda el contrato de prestación de servicios entre Bavaria S.A. y la compañía ASL S.A (PDF 11).

5. Por auto del 23 de septiembre de 2021 se dio por contestada la demanda por parte de Bavaria S.A., se admitió el llamamiento en garantía y se ordenó su notificación. (PDF 10).

6. Por auto del 11 de noviembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda y el llamamiento en garantía por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Seguros Confianza S.A., y señaló el 3 de mayo de 2022 para las audiencias señaladas en los artículos 77 y 80 del CPSTSS (PDF 14). La diligencia del artículo 77 del CPTSS se llevó a cabo y se fijó el 4 de noviembre de 2022 para realiza la audiencia de Trámite y Juzgamiento (PDF 18).

7. La Juez Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, en sentencia proferida el 4 de noviembre del año 2022, declaró que entre el actor y Bavaria S.A. existe un contrato de trabajo con vigencia desde el 11 de marzo de 2004. Condenó a Bavaria S.A. a asumir al demandante como trabajador de manera directa. Absolvió a las demandadas de las restantes súplicas de la demanda y a la llamada en garantía de todas y cada una de las pretensiones. Condenó a la demandada BAVARIA S.A. a pagar las costas del proceso, señalando como agencias en derecho la suma de 1SMLMV en favor del demandante.

8. Contra la anterior decisión, la apoderada de BAVARIA S.A. interpuso recurso de apelación, en el que manifestó: *“Me permito apelar lo relacionado con aquellos numerales que van en contra de los intereses de mi representada en el sentido de declarar que el señor César Augusto Sierra es trabajador directo de Bavaria y los demás numerales que estén en contra de los intereses de mi representada bajo los siguientes argumentos: dice el despacho de primera instancia que se declara que bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el señor César Augusto es trabajador de Bavaria directo, atendiendo también la intermediación ilegal que se encontró demostrada para el despacho de primera instancia, en lo cual no estamos de acuerdo, en el sentido, de que en primer lugar, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas no sería aplicable para el presente asunto, teniendo en cuenta lo siguiente, y es que, en primer lugar, la prestación del servicio del señor César Augusto fue bajo el marco de un contrato comercial que existió entre Bavaria y ASL, de forma tal que no es aplicable tampoco ni la presunción del artículo 24, ni tampoco el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, porque la verificación de los requisitos de una legalidad de la intermediación laboral o de la tercerización laboral, que es la figura aplicable para el presente proceso es una revisión pues objetiva de sus requisitos, en el cual se puede evidenciar que conforme se puede establecer del contrato comercial, como también de la forma en que se opera este servicio logístico, se puede evidenciar primero que el señor es César Augusto fue vinculado con ASL y no con Bavaria y en ningún momento se evidenció la existencia de una afectación a sus derechos laborales fundamentales, tal y como se encontró probado en el proceso, tan es así que obviamente no hubo siquiera una condena en cuanto a incumplimientos a derechos laborales, pues se pudo evidenciar que, por el contrario, todos aquellos fueron totalmente cumplidos, entonces no hay ningún tipo de soporte fáctico ni jurídico para declarar que existe una intermediación laboral ilegal. Igualmente, y como segundo aspecto, aquellas actividades que se contrataron con ASL no se trataron de actividades misionales, a pesar de que la tercerización laboral sí permite tercerizar pues, valga la redundancia, actividades que forman parte del objeto social. Sin embargo, para el presente asunto Bavaria lo que hizo fue contratar una actividad especializada con unos terceros*

especializados, como fue ASL y se contrató un servicio autónomo e independiente que fue así ejecutado. Y esto lo digo en el sentido de que, en primer lugar, era ASL quién pagaba sus derechos laborales, era esta empresa ASL quien lo vinculaba. Así mismo debe estudiarse por parte del Honorable Tribunal, que incluso del comportamiento del demandante se puede evidenciar que hubo no solamente una aceptación expresa de todos aquellos documentos que suscribía con su empleador ASL, llámese contrato, llámese acta de conocimiento, código de ética y demás que obran en el expediente, sino que también hay una aceptación tácita, en el entendido que durante toda la vigencia que tuvo la relación laboral entre el señor César y la persona jurídica ASL, no hubo ningún tipo de reclamación respecto de la forma de vinculación, esto es, que se entendía como un trabajador de la contratista y que así él mismo lo reconocía porque conforme lo dijo en su interrogatorio de parte nunca solicitó certificaciones laborales a Bavaria, y refiere que tampoco a ASL, sin embargo de las pruebas documentales se evidencia que pidió certificaciones laborales a ASL, y no fue únicamente porque se la entregaron al término de su contrato laboral. Esto es un indicio claro que él aceptaba y entendía que su verdadero empleador era ASL y no Bavaria, y no puede referirse que bajo el principio de la realidad sobre las formas BAVARIA fue empleador únicamente con el hecho de que existiese personas o personal de Bavaria que hayan realizado algún tipo de indicaciones durante el ejercicio de la operatividad, pues en gracia de discusión, esto es totalmente viable, si bien en la contestación de la demanda y en la realidad de los hechos se niega que el personal de ASL haya recibido algún tipo de órdenes e instrucciones por parte de Bavaria de algunos de sus representantes, porque así no ocurrió, pues ASL cumplía con sus actividades de forma totalmente autónoma e independiente. En gracia a discusión que haya existido y sin aceptar que haya existido personal dentro del centro de distribución, pues esto no desdibuja la relación comercial que existió entre ASL y Bavaria, ni tampoco desdibuja la relación laboral que hubo entre señor César Augusto y ASL, toda vez que es totalmente lógico que si se está haciendo actividades dentro de la planta de Bavaria, como se refirió durante la contestación de la demanda y los alegatos, esta parte, que es el centro de distribución, es entregado por Bavaria en comodato a estos terceros operadores logísticos para que realicen sus actividades, incluso y adicional a esto, pues es totalmente posible y lógico el cumplimiento del contrato comercial que haya personal de Bavaria en algún momento haciendo cualquier tipo de indicación, pero nada de esto, puede desdibujar la relación contratista y contratante y tampoco la relación que tuvo Cesar como trabajador de ASL, porque cualquier tipo de actuación que hubo por parte de Bavaria o presencia que tuvo lugar en las instalaciones del centro de distribución, fue únicamente en cumplimiento del contrato comercial y pues obviamente esta presencia también iba a permitir el cumplimiento de ese objeto comercial y por ende, no hay ninguna otra prueba que refiera que BAVARIA haya actuado como verdadero empleador, pues de todos modos debemos hacer referencia a que el testigo traído al proceso y como se dijo, pues al momento de formular la tacha, ha realizado, procesos laborales en contra de Bavaria y por ende entonces da una versión que se unifica con la finalidad de obtener pues un fallo acorde a sus intereses, este proceso tiene radicado del 2020-257 en el juzgado primero laboral de Zipaquirá y pues de esa forma también se puede determinar que hay una modificación a las versiones, sin embargo, no hay ninguna prueba que pueda identificar que es que Bavaria haya actuado como un empleador frente a los trabajadores de la ASL, pues ASL era totalmente autónomo en la administración de sus trabajadores. También se pone de presente lo dicho en el interrogatorio de parte del señor César, en donde él dice que en las reuniones cuando empezaba la operación, él dice y refiere que únicamente escuchaba a jefes de Bavaria, sin

embargo, pues bajo el principio de que nadie puede crear su propia prueba, pues es una declaración que no debe acogerse por parte del Honorable Tribunal. Y se debe referir que en estas reuniones también había otras personas, de las cuales, pues él identifica a alguien como un revisor, pero no tiene ni idea con quién estaba vinculado esto. Esto es un indicio de que en esas reuniones no solamente participan supuestamente personas de Bavaria, sino que también había otras personas que él no identificó en su interrogatorio, y que pues hacían parte de la operación. Luego entonces no se puede llegar a la conclusión de que era Bavaria quien daba todas estas instrucciones o estos turnos o estas indicaciones de operatividad, pues nótese que es una versión unificada en varios procesos que han sido iniciados en contra de Bavaria. También debe tenerse en cuenta las demás situaciones referidas en el interrogatorio de parte en donde el señor César Augusto dijo que tenía un carné y conforme lo expuesto en la demanda, lo identificaba como un contratista de ASL. Que no conoce de premios dados por Bavaria, que sólo se dedicaba a movilizar los productos terminados. Esto quiere decir que únicamente realizó la actividad contratada con ALS y no realizó otra diferente que pueda llegar a la conclusión de que hubo una intermediación ilegal, y por ende, no puede llegarse a declarar como verdadero empleador a Bavaria. Ahora bien, en el fallo se refiere también que la relación se probó desde el 11 de marzo del 2004, lo cual también estamos en oposición a dicha argumentación, toda vez que conforme los certificados laborales allegados al proceso mediante los cuales refieren existencia laboral con terceros diferentes a Bavaria, también se evidencia que hay una interrupción, es decir, una solución de continuidad entre cada una de las tantas relaciones laborales que tuvieron con los terceros, es decir, la primera, fue SERDAN que terminó el 20 de junio del 20008 y únicamente hasta el 7 de diciembre del 2010, existe prueba de hubiese una certificación laboral que refiere que tuvo un inicio con opción temporal que terminó el 10 de abril del 2012 y únicamente hasta el 2015, es que se vincula con otra operadora, que fue contratista de mi representada y finalmente con ASL, El primero abril 2017 al 8 de julio del 2018. Luego entonces no se puede llegar a la conclusión que existió una única relación laboral continua o una prestación del servicio, pues es claro que hubo interrupción de varios años en donde no hubo prestación del servicio y, por ende, no hay lugar a declarar esa continuidad. Ahora bien, me permito dentro de la sustentación del recurso, verificar dos situaciones, la primera es que en Bavaria no existe el cargo de montacarguista, de esta forma, pues también lo corroboró el testigo traído al proceso, quien refirió que no conocía ningún montacarguista por parte de Bavaria. E insistir en lo del fuero de salud, en cuanto es inoponible a Bavaria por no haber sido nunca su empleador. En tal sentido, me permito dejar sustentado el recurso de apelación, solicitando al Tribunal que se revoquen aquellos numerales que están en contra de los intereses de mi representada, en especial aquel que declaró la existencia de intermediación laboral y que tuvo a Bavaria como directo empleador”.

9. Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 21 de noviembre de 2022, luego, con auto del 28 del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, término dentro del cual, únicamente Bavaria S.A. los allegó.

En sus alegatos, Bavaria S.A. solicitó revocar la decisión proferida por la juez de primera instancia; reiteró los argumentos del recurso de apelación e indicó

que contrario a lo señalado por la a quo, “no se probó la existencia de subordinación jurídica por parte de BAVARIA, pues se aducen unas personas como jefes directos sin que existan pruebas de que hayan impartido órdenes e instrucciones ni que estos hayan sido representantes de esta sociedad. No se probó la ilegalidad en la contratación con la contratista ASL S.A. No se probó la ilegalidad en la constitución y funcionamiento de la contratista. Mi representada terceriza en su totalidad el servicio de logística y para ello contrató con ASL S.A. porque es una empresa especializada en ello. El demandante indicó en su declaración de parte que solo se dedicaba a movilizar el producto, es decir, de la logística”. Así mismo indicó que el demandante fue trabajador de distintas empresas y entre cada relación laboral existió una clara solución de continuidad; con Serdán del 11 de marzo de 2004 a 20 de junio de 2008; con Opción Temporal del 7 de diciembre de 2010 al 10 de abril de 2012; CAYL del 13 de mayo de 2015 al 2 de abril de 2017, y con ASL del 1 de abril de 2017 al 8 de julio de 2018.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de esos.

Asimismo, conforme con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS se conoce del presente asunto en grado de consulta toda vez que la decisión de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones condenatorias del demandante y éste no la apeló. Es pertinente aclarar que aun cuando la jueza declaró el contrato con Bavaria y ordenó a esta que actúe como empleadora directa del actor, no concedió ninguna pretensión de condena, evento que activa la consulta en favor del demandante. Tal grado jurisdiccional es desarrollo del principio protector del Derecho del Trabajo y busca primordialmente evitar que se afecten los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores y afiliados, de modo que el Tribunal no tiene restricciones ni limitaciones de ninguna índole, por ende, examinará la cuestión litigiosa en su totalidad.

Hechas esas precisiones, los problemas jurídicos por resolver son: i) determinar si entre el actor y la demandada Bavaria S.A. existió un verdadero contrato de trabajo como lo indicó el juez de primera instancia, o si el mismo existió con ASL, Serdán, Opción Temporal y Compañía de Alimento y Logística S.A.; y ii) de declararse el contrato con Bavaria S.A., se deberá determinar si el demandante ha prestado el servicio sin solución de continuidad desde el 11 de marzo de 2004, o si existieron lapsos en que no se prestó el servicio, como lo pretende la apoderada de la demandada Bavaria S.A. iii) determinar si hay lugar a ordenar reinstalar al demandante al cargo de operario de montacargas o

auto elevador o uno de igual o superior jerarquía; iv) determinar si hay lugar al pago de salarios y beneficios extralegales establecidos en el pacto colectivo celebrado en Bavaria S.A.

La a quo al proferir su decisión, consideró que, *“Nótese cómo el aquí demandante fue vinculado a través de una serie de personas jurídicas que obran dentro del expediente, cuyas certificaciones obran. Básicamente estamos hablando de la organización Serdán, de donde data la fecha de ingreso del 11 de marzo del año 2004 y esa será la fecha que tendrá este despacho como inicio de la vinculación laboral, en la medida en que no se demuestra que Opción Temporal y que la organización SERDAN hubiesen sido verdaderos contratistas independientes, así como tampoco se demuestra que la compañía de almacenamiento logística, CAL, hubiese tenido esa condición, como también a esa conclusión se llega de acuerdo con el interrogatorio de parte con Bavaria. Bavaria acepta que ha tenido vínculo con estas personas jurídicas, No obstante, se evidencia dentro del presente proceso que el demandante ha tenido subordinación continua con trabajadores directos de Bavaria, personas que el representante legal confiesa hacen parte de la nómina de Bavaria y al respecto entonces el despacho entra a concluir que, de conformidad con el testimonio de Víctor Castro Bonilla, puede el despacho evidenciar que cuando Víctor ingresó ya se encontraba el demandante como autoelevador, que ha desarrollado labores en las líneas de producción, en el cargue y descargue al servicio y bajo las órdenes de Javier Betancourt y señor Guillermo, personas directas de Bavaria. Claro es que da cuenta este testigo de la forma en cómo se cambiaban las temporales o las diferentes organizaciones, pero siempre continuaban haciendo la labor y que todo lo hacían por órdenes de los jefes de Bavaria y decían que se iba a firmar con una nueva porque iba a llegar a una nueva persona jurídica. Esto lleva necesariamente a concluir acá, que lo que hay es una intermediación indebida en los términos del artículo 35. Por lo tanto, el despacho debe entrar a declarar la existencia del contrato de trabajo desde el 11 de marzo del año 2004, contrato de trabajo que se encuentra actualmente vigente. La razón, es que si bien en el interrogatorio de parte de la parte actora, el despacho puede evidenciar que él estuvo hasta el 8 de julio del año 2018, lo cierto es que después de acuerdo con la documental que obra dentro del expediente, fue restituido por orden de tutela y actualmente se encuentra con el artículo 140, relevante también para este despacho las alegaciones que efectuó ASL, donde indica que actualmente le continúan pagando. Entonces, si ASL era mero intermediario en los términos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, quiere decir que al continuar pagando el salario en virtud del artículo 140, continúa básicamente ejecutando las labores de intermediación”*.

Así las cosas, se tiene que lo primero que debe elucidarse es si el contrato de trabajo del actor se configuró con Bavaria S. A., o si el mismo se dio con las empresas Serdán, Opción Temporal, Compañía de Alimento y Logística S.A. y Agencia de Servicios Logísticos S.A. “ASL”.

En el presente caso, la demanda se funda en que el contrato de trabajo se celebró en realidad con Bavaria S.A. pues fue a esta empresa a la que efectivamente el actor prestó sus servicios, ya que Serdán, Opción Temporal, Compañía de Alimento y Logística S.A. y Agencia de Servicios Logísticos S.A. “ASL”, eran simples intermediarias. Bavaria sostiene que no aparece demostrado

que ella hubiese ejercido subordinación sobre el demandante y que esta circunstancia descarta que entre los dos existiera contrato de trabajo.

Cabe recordar que en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación; pero, el artículo 24 de la misma obra, ha dicho que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el contrato de trabajo, evento en el cual quien alegue la condición del trabajador solamente le corresponde probar que prestó unos servicios personales en favor de otro, y este a su vez, es decir el presunto empleador, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente o autónoma, para de esta forma poder desvirtuar la anotada presunción.

El caso concreto, además, reviste una particularidad consistente en que debe entrar a dilucidarse el alcance de esa especie de intermediación o tercerización que se desarrolló, según el demandante, entre Bavaria y Serdán, Opción Temporal, Compañía de Alimento y Logística S.A. y Agencia de Servicios Logísticos S.A. "ASL", en el sentido de establecer si el contrato de trabajo en este caso se entiende desarrollado con el denominado contratista o con el contratante.

Es pertinente tener presente que en el escenario jurídico colombiano existen algunos eventos en que quienes fungen formalmente como empleadores se consideran empleadores aparentes o intermediarios, como es el caso de las empresas de servicios temporales cuando sobrepasan el tiempo durante el cual pueden suministrar un trabajador a una empresa usuaria, o se invoca un objeto diferente al previsto en la ley; supuesto en el cual la jurisprudencia ha considerado como empleador al usuario, a pesar de que quien le pagaba el salario y aparecía como empleador formal era la E.S.T.; o también el caso de las cooperativas de trabajo asociado cuando prestan servicios en actividades misionales a terceros, quienes han terminado siendo declarados como empleadores, a pesar de que formalmente no tenían esa condición. Todos estos desarrollos jurisprudenciales han sido expresión del principio protector del Derecho del Trabajo.

Para resolver el problema planteado, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental.

Certificados de existencia y representación legal de Bavaria & CIA S.C.A. (pág. 30 a 52 PDF 01) y la ASL (pág. 53 a 60 PDF 01).

Certificación de la Organización Serdán, expedida el 2 de febrero de 2010, en el cual indica que el señor Cesar Augusto Sierra Sierra, laboró al servicio de dicha entidad desde el 11 de marzo de 2004 al 20 de junio de 2008, mediante un contrato a término fijo, en el cargo de montacarguista depósito T (pág. 61 PDF 01). Certificación expedida por Opción Temporal y Cia Ltda, según el cual, el demandante laboró desde el 7 de diciembre de 2010 al 10 de abril de 2012, en el cargo de operario de montacargas o autoelevador a requisición de Bavaria S.A. (pág. 62 PDF 01). Certificado de la Compañía de Almacenamiento y Logística S.A., expedida el 29 de septiembre de 2016, según la cual el actor labora en esa empresa desde el 13 de mayo de 2015 en el cargo de operario montacarguista en el centro de distribución de Bavaria Planta Techo (pág. 63 PDF 01). Certificación expedida el 31 de julio de 2018 por la Compañía de Almacenamiento y Logística S.A., según la cual el actor laboró en esa empresa desde el 14 de mayo de 2015 al 2 de abril de 2017, desempeñando el cargo de autoelevador en el centro de distribución de Bogotá (pág. 64 PDF 01). Certificación expedida por ASL el 9 de agosto de 2018, según la cual el demandante laboró en esa empresa desde el 1 de abril de 2017 al 8 de julio de 2018, desempeñando el cargo de Montacarguista, con un contrato a término indefinido, con un salario básico mensual de \$1.200.000 (pág. 66 PDF 01).

Constancia expedida por el Grupo Empresarial Bavaria y el IAC Colombia, de la participación del demandante en el “Programa de Formación en Mejores Prácticas Logísticas y Cadena de Valor, realizada en LOGyCA del 24 al 28 de Octubre de 2005” (pág. 67 PDF 01).

Comunicación dirigida por ASL al demandante el 8 de julio de 2018, en la que le informa la decisión de dar terminación al contrato de trabajo desde este día, fecha en que finaliza el contrato individual de trabajo por obra determinada en el contrato celebrado el 1 de abril de 2017. (pág. 65 PDF 01).

Pliego de peticiones del sindicato SINTRACERGAL a la empresa BAVARIA S.A., radicado el 14 de marzo de 2018 (pág. 83-110); solicitud del 7 de junio de 2018 de admisión a SINTRACERGAL (pág. 76), comunicación dirigida por el presidente de SINTRACERGAL a Bavaria S.A. del 13 de junio de 2018, notificándole la afiliación del demandante a dicho sindicato (PÁG. 77 PDF 01), misma comunicación dirigida a ASL S.A. (pág. 79 PDF 01). Constancia de registro ante el Ministerio del Trabajo de la organización Sindical SINTRACERGAL el 28 de diciembre de 2017 (pág. 264-265 PDF 01)

Contrato individual de trabajo a término fijo suscrito entre el actor y la empresa ASL el 14 de mayo de 2015, para ejercer el cargo de operario de autoelevador,

con un salario de \$900.000 (pág. 142-145 PDF 11). Contrato de trabajo por duración de la labor, inicio de labor el 1 de abril de 2017, cargo montacarguista, lugar a desempeñar las labores en CD TECHO, salario mensual \$1.200.000. (pág. 146-153 PDF 01). Nóminas de abril, mayo, junio de 2018 dice empresa Agencia de servicios logísticos S.A. ASL, CD 039 TOCANCIPA BAVARIA, Descuento por afiliación a sindicato. (pág. 154, 155).

Nóminas del señor Uriel Sastoque Gomez de septiembre, octubre de 2017, sueldo básico quincenal \$1.150.000, salario o jornal \$2.300.000, no dice con claridad cuál es el cargo. (pág. 158-161).

Fotografías en las que supuestamente aparece el demandante manejando un montacarga (pág. 235 -241 PDF 01).

Comunicación del 13 de junio de 2018, enviado por el demandante a Bavaria S.A. comunicándole que le allega historia clínica con los respectivos controles de los especialistas con citas pendientes y restricciones EPS FAMISANAR, y le indica que está sufriendo de la columna y que está en tratamiento para definir el origen de la enfermedad (pág. 73 PDF 01).

Comunicación remitida por ASL al demandante el 23 de enero de 2019, informándole que en cumplimiento del fallo de tutela de radicado No. 2018-549, se hace el reintegro a la empresa, se realiza afiliación a la ARL y aportes a la seguridad social correspondiente al periodo contemplado desde julio de 2018 a la fecha (pág. 55 PDF 04)

Contrato de prestación de servicios de operación logística contrato No. CT 2017-94 celebrado el 4 de julio de 2017 entre la empresa Bavaria S.A. y ASL S.A (pág. 28-65 y 230-266 PDF 08). Contrato de prestación de servicios de operación logística No. CT F15-001113 celebrado el 1 de abril de 2015 (pág. 66-80). Contrato de operación logística No. CT F15-001067 suscrito entre Bavaria S.A. y ASL S.A. el 26 de marzo de 2015 (Pág. 190-228 PDF 08).

Comunicado del 29 de junio de 2018 de Bavaria a la ASL S.A. informándole: *“En este sentido, ratificamos el mail del 30 de mayo de 2018, en el que se informó que en esta ocasión no han sido los ganadores de la licitación del servicio de operación logística para el Centro de Distribución de Tocancipá, y que, en consecuencia, y en cumplimiento del procedimiento señalado en la comunicación del 26 de enero de 2018, ese día se dio inicio al proceso de transición de treinta (30) días calendario para modificar el contrato, de forma que se eliminen las condiciones relacionadas con la operación en el centro de distribución de Tocancipá, a partir del día 8 de julio de 2018. Reiteramos que, con excepción de las condiciones relacionadas con el centro de*

distribución de Tocancipá, las demás estipulaciones contenidas en el contrato número CT 2017-94, no sufrirán modificación alguna” (pág. 82 PDF 08).

Constancia de depósito de convención colectiva de trabajo suscrita entre BAVARIA S.A. y SINALTRACEBA, del 13 de diciembre de 2017, con vigencia 1 de septiembre de 2017 al 31 de agosto de 2019. (pág. 83 PDF 08). Copia Convención Colectiva de Trabajo de Bavaria S.A. suscrita el 1 de diciembre de 2017 entre esa empresa y SINALTRACEBA (pág. 97-124 PDF 08

Pacto colectivo de los trabajadores de Bavaria S.A. y Cervecería del Valle S.A. 2017-2019, celebrado el 23 de noviembre de 2017, con su respectiva constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo. CLAUSULA PRIMERA *“El presente Pacto Colectivo se celebra entre los trabajadores no sindicalizados de BAVARIA S.A. y CERVECERÍA DEL VALLE S.A., que lo suscriben o se adhieran a él posteriormente (...) (PDF 20).*

También se recibió el testimonio de Víctor Castro y los interrogatorios de parte.

El señor **Víctor Castro** (tachado porque tiene una demanda contra Bavaria, falta de parcialidad), dijo que conoció al demandante en el año 2005 en Bavaria, porque ese año llegó a trabajar y el actor ya estaba ahí; que el demandante es operario de autoelevador y hace la labor de cargue y descargue de vehículos, tractocamiones moviendo el envase con el montacarga, cargando y descargando según pedido requerido. También estaba en líneas de producción, alimentando las líneas con envase, retirando producto terminado, almacenando y cargando la flota de vehículos que distribuyen las diferentes bebidas a los pueblos. Señaló que las órdenes se las daban los ingenieros, que estaba el ingeniero Javier Betancourt, al inicio de turnos los reunían y les decían las diferentes labores que debían hacer, dónde debían almacenar, qué envase debían abastecer a las líneas. En líneas de producción estaba el ingeniero Didier Mora, quien les decía que tocaba traer envase, y en el cargue de vehículos también según pedido se descargaba el envase de Bavaria y se cargaba con el producto con el montacarga. Esos ingenieros eran directos de Bavaria, lo sabe por el carné y el mando que tenían y siempre estaban en la oficina de distribución de Bavaria. El demandante estuvo desarrollando labores dentro de la planta hasta mitad de año del 2018. Frente a Serdán dijo que era una empresa intermediaria de Bavaria, pero como tal, estaban bajo las órdenes de Bavaria; a Opción Temporal y CAL las conoció, eran intermediarios de BAVARIA, porque eran contratadas, pero cuando llegaron ellos ya estaban trabajando en BAVARIA *“lo que hacían eran cambiarnos de temporal o de intermediario, pero como tal siempre las funciones que veníamos haciendo eran bajo las órdenes de los ingenieros de BAVARIA”*. Relató que ellos siempre estaban

ejerciendo la labor y los reunían los jefes de Bavaria y les decían que *"se va esta temporal y llega esta otra"*, y que tal día se iba a firmar contrato. Siempre firmaron en BAVARIA no hubo interrupción. No vio personal de ASL darle ordenes al demandante. Señaló que las herramientas de trabajo eran un montacarga que era de BAVARIA porque tenía el logo de Bavaria en la silla y las máquinas estaban bajo el cuidado y supervisión de los ingenieros Álvaro Escobar, Didier Mora, ellos siempre estaban ahí pendientes, algún arreglo o novedad tocaba con ellos. Las ordenes se daban al inicio de turno. Los turnos eran de 8 horas, tenían rotación, se publicaban en una cartelera de BAVARIA o les informaban los supervisores de BAVARIA. El ingreso a las instalaciones lo daba Bavaria, les dieron una tarjeta magnética y entraba por los molinetes. Señaló que muchas veces recibieron capacitaciones de BAVARIA, como por ejemplo de seguridad, o cuando ingresaron para el conocimiento de la planta, también lo daba BAVARIA. Javier Betancourt y Didier Mora, el primero lo encontraban en el edificio del centro de distribución que estaba en el área donde ellos trabajaban, mantenía por la bodega, dando ronda, mirando la operación, era el jefe directo de BAVARIA. El ingeniero Didier Mora estaba en la línea 2, era el que les decía con qué envase iban a trabajar, cuánta producción iban a sacar, dónde debían almacenar y hasta qué horas iban los cortes de la producción, daba ronda por la línea. Adujo que también estaba don Álvaro Escobar, don Ismael Martínez, quien igualmente estaba encargado de la parte logística en el patio, así mismo, daba ordenes de cuántos vehículos iban a carga, qué producto iban a mover, cuánto producto iba a ingresar. No había personal vinculado con Bavaria en el cargo de autoelevador. Sabía que eran empleados de Bavaria por el carné que tenían, tenían el logo. En el centro de distribución se veía personal de diferentes empresas, realizando diferentes labores, haciendo inventarios, mantenimiento, aseo, arreglando envase, también eran subcontratados, tercerizados. Las órdenes que daba el señor Didier eran frente a la ubicación donde iban a almacenar, los turnos que iban a realizar. Que por parte de ASL no había supervisor que diera indicaciones. Señaló que ninguna persona de ASL le comunicaba respecto de la rotación de turnos. Manifestó que pagaba Bavaria, cuando se le preguntó cómo sabe que era Bavaria el que hacía ese pago, contestó: *"Porque trabajábamos en Bavaria, dentro de Bavaria, y en los desprendibles de pago, en la parte de encima decía Bavaria"*. Luego dijo que los diferentes intermediarios les hacían el pago, pero que ellos siempre eran trabajadores de Bavaria.

El demandante señaló que ha sido operario de autoelevador en las instalaciones de Bavaria en Tocancipá, que debía atender las diferentes líneas de producción, alimentando la línea de producción con envase como lo requería el ingeniero de turno que estuviera en ese momento, almacenar el producto en

el área de bodegaje, cargar los tractos camiones, los vehículos, que podían ser de estacas, que salen a sitios aledaños, los camiones que salían de Bavaria para los distintos sitios de distribución. Relató que las funciones han sido siempre para Bavaria a través de algunas intermediarias. Señaló que siempre trató con los ingenieros de Bavaria, que no recibió órdenes de personal de ASL directamente, que le pagaron las prestaciones sociales a través de las intermediarias. Señaló que escuchó de la existencia de un pacto colectivo dentro de Bavaria y que hasta el momento no ha solicitado que le apliquen ese pacto colectivo, que sabe que los sindicatos los están manejando, pero no tiene conocimiento total de los estatutos como se están manejando. Agregó que al ser trabajador de Bavaria la idea es que se beneficie de todo eso. Señaló que en las instalaciones de Bavaria estuvo hasta el 8 de julio de 2018, y que luego se reintegró con una acción de tutela porque está enfermo y las labores en este momento están adheridas con Bavaria con el artículo 140. Señala que el salario se lo paga Bavaria a través de la intermediaria. Adujo que si bien no firmó el contrato con Bavaria siempre ha estado vinculado con esta a través de las intermediarias. Los ingenieros que le daban ordenes eran básicamente Javier Betancourt, quien duró varios años en el centro de distribución, después conoció al ingeniero Ismael Martínez, que era el gerente de distribución, quien andaba en el área de depósito, en el área de vehículos, otro ingeniero era Álvaro Escobar, quien era jefe de patio y siempre estaba pendiente de patio, de montacargas, de toda la parte operativa. En línea estaba Didier Mora, siempre delegaba las diferentes funciones en el turno. Manifestó que él estaba en el centro de distribución de Bavaria, en la línea 2 de producción. Señaló que sí había montacarguistas de Bavaria, de hecho, él los conoció y los trató. Señaló que no ha pedido certificaciones laborales a ASL, que otra cosa es que ellos las enviaran. A Bavaria no pidió certificación laboral porque nunca la necesitó. Señaló que Bavaria a través de ASL le entregó la carta de terminación del contrato de trabajo. Adujo que las personas que le daban los elementos de protección tenían el logo de Bavaria, los ingenieros les decían que fuera a reclamar la protección. Los montacargas se las asignaba los ingenieros, al comenzar el turno el ingeniero les decía que ahí estaba la máquina. Manifestó que los montacargas siempre venían con el logotipo de Bavaria en la silla. En las reuniones de turno no sabe si había personal de ASL, porque él se limitaba a recibir las órdenes del jefe inmediato. No sabe los supervisores con quienes estaba vinculado, a él le importaba las ordenes de los ingenieros. Se le pone de presente documento de descuento de nómina, dice que parece la firma de él, pero no se acuerda qué es. Se le pone de presente documento de acuerdo de confidencialidad folio 47 contestación de la demanda, dijo que cuando ingresaba a Bavaria tenía que firmar muchos documentos, no se acuerda bien de cuáles.

El representante legal de Bavaria aceptó que la empresa ha tenido vínculos con las sociedades como SERDAN, OPCION TEMPORAL, CAL COMPAÑIA DE ALMACENAMIENTO Y LOGISTICO y ASL. Señaló que dentro de la planta de Bavaria se encuentra contratado el señor Didier Mora y que Javier Betancourt es la primera vez que lo escucha. Respecto de los señores Álvaro Escobar e Ismael Martínez, manifestó que frente al primero es cierto que Bavaria ha tenido vínculo laboral, respecto de Ismael Martínez es la primera vez que lo escucha. Manifestó que no sabe de quién son los montacargas. Aceptó que se presentó un pliego de peticiones pero que no se llegó a un acuerdo con la organización sindical. Adujo que el cargo de autoelevador no existe en Bavaria. Indicó que quien autoriza el ingreso a las instalaciones es Bavaria, pero frente a sus trabajadores, no frente a terceros, que en ese caso, la contratista pasa un reporte para que se acepte la autorización, una vez verificado, se procede con el ingreso de la persona. Señaló que las estibas y envases que transportar los autoelevadores ultimas son de la persona que los adquiere, es decir del cliente.

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, es dable deducir que el demandante prestó unos servicios para la demandada Bavaria S.A. en su centro de distribución de Tocancipá en el cargo de montacarguista, entre el 11 de marzo de 2004 y julio de 2018, respecto a la continuidad o no en el servicio, la Sala se pronunciará con posterioridad; y a partir del 9 de julio de 2018 no estuvo obligado a prestar servicios por disposición de la demandada ASL, esto en aplicación de lo consagrado en el artículo 140 del CST, y, finalmente, la relación laboral se encuentra vigente.

Debe recordarse, en todo caso, que al demandante no le corresponde demostrar la subordinación, en la medida que en atención a la presunción legal del artículo 24 del CST solo debe acreditar ante el juez laboral la prestación de sus servicios personales y las condiciones en que se dio.

De otro lado, ninguna duda queda que entre Bavaria y la ASL S.A. se celebró el contrato de operación logística CT-2017-94 de 4 de julio de 2017, que iría desde el 1 de abril de ese año hasta el 31 de marzo de 2019, aunque de otros documentos allegados al proceso, estos son, los contratos de operación CT F15-001067 del 26 de marzo de 2015 y CT F15-001113 celebrado el 1 de abril de 2015 se deduce que esta relación venía desde mucho antes. Este es un aspecto que aceptó Bavaria desde la propia contestación de la demanda.

El objeto del contrato CT-2017-94 era *“el servicio de operación logística de productos y empaques, trasiego de botellas, reempaque de producto, aseo del CD, cargue y descargue manual*

de vehículos terrestres o marítimos, carpe y descarpe, revisión de envase o producto terminado, alistamiento de los productos para exportaciones, reparación de estibas, servicio dominical, remonte y desmonte de vehículos de distribución, apoyo en la generación de tornaguías y muestreo de envase” (...) b- “la EMPRESA suministrará al operador logístico diariamente los pedidos que debe alistarse en el CD., con base en la información diaria entregada por la empresa al operador logístico, este procederá a la separación y el alistamiento de pedidos que deberá entregar a cada distribuidor (...) g- el operador logístico deberá ubicar los productos y empaques dentro de CD sobre las estibas de madera debidamente identificadas. Y otras obligaciones del operador logístico tales como las establecidas en la cláusula “4.1. Recibir en el CD o en la línea de embotellado, los productos y empaques, por parte de la empresa, en las cantidades, condiciones de tiempo y modo establecidos por la empresa y previamente notificados al operador logístico”. Se trata de un objeto bastante amplio que incluye desde labores de aseo hasta cargue y descargue de vehículos, trasiego de botellas, etc.

Esas labores se ejecutarían y se ejecutaron en el Centro de Distribución de Bavaria en Tocancipá, donde, además, según se puede deducir, se desarrollaba la labor de producción de la empresa y donde comparten espacio tanto trabajadores de planta de Bavaria como funcionarios de esta y de otros operadores logísticos, como se colige del propio contrato de operación logística y lo indicó el representante legal de Bavaria, quien adujo que esa empresa daba la orden de ingreso, aclarando que solamente a los trabajadores directos de Bavaria.

De igual modo, en la cláusula segunda del referido contrato, se observa que Bavaria se comprometió a entregar a título de comodato precario al operador logístico el inmueble donde opera el centro de distribución o despacho (señalado en la cláusula tercera) y otros elementos de trabajo. Allí se dice: “LUGAR DE EJECUCIÓN: el servicio de operación logística será prestado en las instalaciones del CD de la empresa, ubicado en la dirección que se indica a continuación...Tocancipá Autopista Norte kilómetro 30 Tocancipá – Vía Tunja” (..) “de la misma manera entregará otros elementos los cuales serán relacionados en la correspondiente acta de entrega (...). EL OPERADOR LOGISTICO Reconoce y acepta expresamente que será un simple tenedor del CD y demás elementos relacionados con el contrato de comodato precario y que la tenencia la tendrá única y exclusivamente para el cumplimiento de las obligaciones descritas en el presente contrato; en consecuencia, reconoce y acepta expresamente que carecerá de cualquier derecho valido para mantener la tenencia del CD y demás elementos entregados a título de comodato precario por LA EMPRESA que se requieran para la prestación del servicio, una vez la prestación del servicio se termine, por cualquier causa.”

Se allegó el contrato de comodato precario sobre “LA BODEGA” (pág. 223 a 228 PDF 08), pero no hay constancia de la entrega de esta, sin dejar de anotar que no se entiende cómo pudo entregar en comodato, de manera real, un inmueble

al que concurren y permanecen personas que nada tienen que ver con el supuesto comodatario sino con el comodante, pues el representante legal de Bavaria adujo que allí ellos ordenaban el ingreso del personal vinculado con Bavaria directamente. Mírese además que la cláusula 4.23 del Contrato de operador logístico obliga al operador logístico a permitir el ingreso de funcionarios del CD, gerentes de ventas, cajeros, facturadores, etc, de lo que se colige que se hacía referencia a trabajadores de Bavaria, pues de otro modo no tiene ningún sentido la estipulación. Tampoco fue allegada al proceso el acta de entrega en comodato precario de los "otros elementos" que menciona esta parte del contrato (cláusula vigésima pág. 259 PDF 08) en cuanto a devolución de inmuebles, la maquinaria, el equipo de trabajo, los repuestos, las herramientas, lo que quiere decir que Bavaria no solo facilitaba el inmueble, sino otros equipos para el desarrollo de la labor del llamado operador logístico.

También se observa que las cláusulas 4.39 a 4.45 del citado contrato de operación logística, corresponden a las observaciones sobre manejo de personal; las cláusulas 4.58 y 4.58.1. sobre administración y cuidado de los montacargas, entre otras; la cláusula 4.27 del contrato reza que el operador logístico deberá abstenerse de actuar por su cuenta y riesgo, debía reportar el listado de su personal, prestar servicios 24 horas al día y los domingos que le señalará el cliente (Bavaria). De lo que se colige que Bavaria podía impedir el ingreso a sus instalaciones de personal que no se adecuara al perfil requerido, pues incluso el representante legal de Bavaria señaló que la contratista les enviaba un reporte de sus trabajadores para que se aceptara y autorizara su ingreso, y que una vez verificado, se procedía al ingreso de la persona, sumado a lo ya dicho sobre propiedad de los locales y elementos de trabajo, persuade a la Sala de que el operador logístico no gozaba de total autonomía en el manejo del personal. Se agrega que de igual manera Bavaria estipuló en esos contratos que el operador logístico quedaba obligado a aplicar las normas de seguridad de la empresa para entrada y salida de personal, materiales y de terceros, y a adoptar en su gestión las buenas prácticas administrativas de aquella. Por tanto, si bien dicho convenio se discriminan las obligaciones de cada parte y se proclama la independencia y autonomía de estos, resulta inaplicable a la luz del principio de primacía de la realidad, pues claramente se advierte que, con el pretexto de una tercerización, lo que se busca es tratar de ocultar la condición de verdadero empleador, y segmentar la unidad y la noción de empresa.

Sobre los contratos de operación logística, como este, la Sala recuerda que la doctrina y la jurisprudencia han dicho, y este Tribunal acoge ese criterio, que es perfectamente viable que las empresas contraten con terceros la realización de

algunas actividades, pero este no es un poder absoluto, omnímodo ni ilimitado, que quede al arbitrio incontrolado del empleador; ni puede llevar a la segmentación de la empresa, en tanto uno de los elementos centrales de esta figura es que el tercero especializado debe realizar su labor preferiblemente en sus propias dependencias y con sus equipos y elementos, y en todo caso bajo su propia autonomía y riesgo, sin injerencias excesivas del cliente, lo cual naturalmente debe analizarse en atención a las particularidades y naturaleza del servicio contratado.

Igualmente ha sentado la doctrina que la tercerización se convierte en intermediación en alguna o algunas de las siguientes situaciones:

- El cliente es dueño de los medios de producción (maquinaria e instalaciones) en los que deben operar los trabajadores del tercero especializado.
- La labor contratada forma parte esencial del objeto social de la empresa y se presenta en concurrencia con la actividad propia de esta y en el mismo sitio o en sitio contiguo.
- El cliente ejerce mando y tiene injerencia en el manejo de la empresa y la forma y términos en que se desarrolla la relación con el operador.
- El cliente determina a qué trabajador en particular se contrata o se desvincula, siendo “presuntamente” empleados del tercero especializado, o da órdenes sobre los trabajadores de la empresa que hace la tercerización.

Además, por vía Jurisprudencial se ha sostenido, *mutatis mutandis*, que “a pesar de que la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción, en la cual, se hace un encargo a un tercero, de determinadas partes u operaciones del proceso productivo”, son un instrumento legítimo en el orden jurídico laboral que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico a fin de ser más competitivas; estas no pueden ser utilizadas “con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o bien sea para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades” en razón a que “debe estar fundada en razones objetivas, técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios del mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial”; entonces, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evitar la contratación directa, a través de entes interpuestos que carecen de estructura propia y aparato productivo especializado “estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal” (CSJ SL 467-2019). Igualmente, la Corte en esta misma sentencia sostuvo que “aunque el suministro de mano de obra se encuentra permitida en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad

solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. “El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal”.

Si bien desde el punto de vista económico, la descentralización tiene varios objetivos, entendibles dentro del mercado, lo cierto es que desde el punto de vista del Derecho Laboral es necesario examinar otras facetas, con el fin de establecer si dicho proceder supone o no una segmentación del colectivo empresarial, o una forma de evadir y evitar la contratación directa, al igual que verificar si está fundada o no en razones objetivas o técnicas del proceso productivo, como ha tenido oportunidad de señalarlo el Tribunal en otros procesos contra la misma demandada. Igualmente, desde este ángulo, debe analizarse si el tercero, con su conducta, patrocina un ocultamiento del verdadero empleador, o coadyuva la aparición de un poder de dirección compartido o incluso superpuesto entre sí. En otras palabras, podría entenderse que el límite consiste en el mantenimiento de actividades que conforman o configuran el giro esencial de los negocios de una empresa y su razón de ser intrínseca, elementos que debe ser analizado detenidamente, mucho más cuando los servicios se presten en las mismas instalaciones de la empresa contratante. Nótese que aquí no se está en un caso de descentralización geográfica, pues en el mismo sitio de la empresa contratante desarrollan otras labores inherentes a su naturaleza.

Desde luego que cada caso deberá mirarse individualmente de cara a los elementos probatorios que aparezcan en cada uno de ellos, por cuanto si bien hay unos criterios generales que se han ido elaborando, los mismos no son de aplicación automática y extensibles a todos los procesos contra la misma demandada, sino deben atender las características de cada una de las situaciones y relaciones.

En particular en este caso la Sala colige que el operador logístico no fungía como tercero o contratista independiente sino como un intermediario, en unas circunstancias que no armonizan con lo previsto en las normas, de suerte que Bavaria terminaba siendo la directa beneficiaria de los servicios prestados por el actor en el desarrollo de sus funciones como montacarguista u autoelevador, y por tanto debe tenérsela como verdadera empleadora.

Así se dice porque las labores desempeñadas por el demandante estaban estrechamente ligadas con el cumplimiento del objeto social de Bavaria y con su actividad económica principal, la cual consiste en la fabricación de cervezas y otras clases de bebidas, así como la adquisición, enajenación, comercialización,

distribución, exportación almacenamiento de sus productos, como se colige del certificado de existencia y representación legal obrante en el expediente, y las labores de montacarguista del demandante tenían que ver con el descargue de cargue de producto terminado, por tanto, las tareas ejecutadas por el actor bien pueden entenderse relacionadas con la labor productiva y con el objeto social de Bavaria, o por lo menos conectado con este, como prevé el artículo 35 del CST, cuando en el numeral 2º considera como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de este y en actividades ordinarias, inherentes **o conexas** del mismo (negrillas del Tribunal) y si bien la labor del demandante no era de producción de cerveza, esto no implica que no estuviera conexas o inherente a la misma y el hecho de que en el interrogatorio de parte, el demandante aceptó que firmó contrato con ASL, incluso unas cláusulas de exclusión salarial y confidencialidad, en nada incide que el verdadero empleador no fuera precisamente Bavaria, todo lo contrario, eso denota que si bien el contrato no fue celebrado directamente con esta empresa, las labores se prestaron en sus instalaciones.

Ahora, frente a la prueba testimonial, se advierte que el testigo Víctor Castro señaló que el demandante fue operario de autoelevador en las instalaciones de Bavaria y que tanto él como el demandante recibían ordenes de los señores Didier Mora, Javier Betancourt, Álvaro Escobar e Ismael Martínez, asegurando que todos eran trabajadores de Bavaria, por su parte el propio representante legal de Bavaria aseguró que el señor Didier Mora y Álvaro Escobar si estaban vinculados directamente por Bavaria; evidenciándose que Bavaria si ejerció subordinación frente al demandante.

Ahora, si bien no se allegaron los contratos de operador logístico suscritos entre Bavaria y Serdán, Opción Temporal y CAL Compañía de Almacenamiento y Logístico, no se puede perder de vista que el representante legal de Bavaria aceptó que ha tenido vínculos con dichas sociedades, y encuentra la Sala que no se puede pasar por alto, como ya se indicó, que a la parte actora le correspondía únicamente probar la prestación personal del servicio a favor de Bavaria S.A., situación que está más que acreditada con las pruebas documentales y el dicho del testigo, existiendo controversia en torno a que haya existido una continuidad desde el 11 de marzo de 2004, punto que se encuentra pendiente por analizar, además de que la demandada insiste que no existió subordinación por parte de Bavaria S.A., hecho que no le correspondía probar a la parte actora; por otra parte, si en gracia de discusión se aceptara que el tercero u operador logístico

era quien impartía las órdenes a los trabajadores incluido el actor, es claro que ello no es suficiente para socavar el convencimiento de que el verdadero empleador fue la demandada Bavaria, porque atendidas las circunstancias en que se desarrolló la relación y de que el propietario de los locales y de los medios de trabajo era Bavaria y que las actividades desarrolladas por el trabajador eran inherentes al objeto de Bavaria, son estos elementos los que tienen mayor peso a la hora de determinar quién es el verdadero empleador, pues de no ser así se podría presentar la situación de que Bavaria, en el futuro, pueda también contratar operadores logísticos para que manejen la producción o la materia prima, otro para que maneje las ventas, y celebrar contratos de comodato para entregar las máquinas y equipos e incluso la materia prima, y así segmentar y compartimentar toda su actividad con lo cual desaparecería la noción de empresa prevista en el artículo 194 del CST como toda unidad de explotación económica que tiene trabajadores a su servicio y habría que cambiar esta última parte del enunciado para agregar “*y tiene operadores logísticos a su servicio*”.

Es importante puntualizar que la intervención de los operadores logísticos en este caso es dable explicarla en el literal b) del artículo 32 del CST en cuanto los intermediarios se consideran representantes del empleador, y desde este ángulo es considerada su gestión en los aspectos antes relacionados.

Se enfatiza que no es que se niegue la posibilidad de que las empresas contraten con terceros la realización de algunas actividades especializadas e incluso que las mismas se ejecuten en las instalaciones de la contratante o “*in house*”, como se dice en el lenguaje empresarial, pero tampoco se trata, como antes se dijo, de una potestad total e ilimitada, y en el presente no observa la Sala que la conducta de la demandada suponga un uso aceptable de la figura, sino que constituye una segmentación de la noción de empresa que, de abrirse paso en la forma en que se configuró en este caso, implicaría que las empresas pueden dejar de contratar directamente trabajadores para hacerlo a través de operadores logísticos u otras formas de intermediación, lo cual no parece factible en factorías cuya labor consiste en la transformación de materias primas en productos elaborados y la posterior venta directa de estos, pues según los contratos de operación logística, era Bavaria la que definía a diario los clientes a los cuales se les debía enviar los productos.

Ahora, el hecho que el testigo Víctor Castro haya iniciado una demanda contra Bavaria S.A. no es suficiente para restarle a credibilidad a su dicho, máxime que fue compañero del demandante y le consta de manera directa dónde y de qué forma se prestó el servicio a favor de Bavaria S.A. constándole que fue en las instalaciones de Bavaria S.A.; situación que no ha sido negada por la

demandada, y que coincide en líneas generales con lo que acreditan los otros medios demostrativos.

Así las cosas, y conforme las pruebas recaudadas, la Sala encuentra demostrado que el demandante ejerció el cargo de montacarguista y/o operador autoelevador en el centro de distribución de Bavaria Tocancipá desde el 11 de marzo de 2004 y es dable entender que mientras estuvo vinculado formalmente con los operadores logísticos en realidad la relación se dio con Bavaria SA, pues se reitera, los servicios eran prestados a su favor, en sus instalaciones y con su propia maquinaria y en labores inherentes al objeto social de la empresa.

Por tanto, no hay duda de que las labores de montacarguista / operador autoelevador que ejerció el actor desde que llegó a trabajar en las instalaciones de Bavaria Tocancipá, desde el 11 de marzo de 2004 fueron realizadas a favor de la demandada Bavaria S.A. y que a partir del 9 de julio de 2018 se encuentra bajo los presupuestos del artículo 140 del CST, esto es, pago de salario sin prestación del servicio, debido a que la empresa no cuenta con un lugar donde reubicarlo en Tocancipá que cumpla con las restricciones emitidas por medicina laboral, tal como lo indicó ASL al contestar la demanda.

Ahora, frente a la continuidad en la prestación del servicio, se ha de indicar que si bien la a quo declaró la existencia de un contrato de trabajo desde el 11 de marzo de 2004, el cual se encuentra vigente sin solución de continuidad, tal conclusión difiere de lo que es dable colegir del material probatorio arrimado al proceso, incluso por el mismo demandante, pues allí se desprende que existieron varios vínculos laborales, como se pasa a analizar.

Al revisar la prueba documental se advierte que en la certificación expedida por SERDÁN S.A. el 2 de febrero de 2010 se indica que laboró desde el 11 de marzo de 2004 al **20 de junio de 2008**, llamando la atención que contrario a lo señalado por el demandante, el contrato no estuvo vigente hasta 7 de diciembre de 2010. Incluso al haberse expedido el 2 de febrero de 2010, en caso de estar vigente la vinculación en esa fecha debió indicarse, pero no se hizo, contrario a ello, se indicó de forma clara que la fecha de retiro es **20 de junio de 2008**, sin que el demandante haga reparo alguno frente al contenido, máximo que fue él mismo que la anexó con la demanda.

Asimismo, en la certificación expedida por OPCIÓN TEMPORAL, se indica que el demandante estuvo vinculado desde el **7 de diciembre de 2010** al 10 de abril de 2012, y la siguiente certificación es la que expide CAL, donde señala que el actor estuvo vinculado desde el **14 de mayo de 2015** al 2 de abril de 2017, y ASL certifica la prestación del servicio desde el 1 de abril de 2017 al 8 de julio de

2018. Es decir que desde el 21 de junio de 2008 al 6 de diciembre de 2010 no acreditó que haya prestado el servicio. Tampoco desde 11 de abril de 2012 al 12 o 13 de mayo de 2015, ruptura muy superior a 1 mes lo que da lugar a que se declare que hubo solución de continuidad, en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL3072-2020 del 8 de agosto de 2022.

Ahora, si bien el testigo Víctor Castro adujo que conoció al demandante en la empresa desde 2005, no dio detalle de si la prestación fue continua, tampoco se le preguntó al respecto. Ahora llama la atención que en la solicitud de admisión al sindicato Sintracergal dice fecha de ingreso a la empresa 15 05 2015(pág. 78 y 80 PDF 01). Así mismo, en la hoja de vida del demandante allegada por ASL aparece como referencias laborales de mayo 15 de 2015 a abril 2 de 2017 CAYL BAVARIA, del 28 de junio de 2012 a 28 de diciembre de 2012 REPCO "Aguardiente Nectar", del 26 de noviembre de 2010 al 26 de marzo de 2012 en GASEOSAS LUX, del 27 de mayo de 2019 a 21 de agosto de 2019 Cummins De Los Andes, del 11 de abril de 2004 al 21 de junio de 2008 Bavaria Serdán (PÁG. 22 PDF 04), con lo cual se corrobora que efectivamente el demandante no prestó el servicio de forma continua desde el 11 de marzo de 2004 en las instalaciones de Bavaria. En el reporte de cotización realizadas a Colfondos a favor del demandante, si bien es poco legible, se alcanza a ver cotizaciones para los años 2012 a "representaciones", 2013 "misión empresarial", y si bien en los meses del año 2014 resulta tener certeza qué empresa cotizó, de lo que se alcanza a ver, no fueron las señaladas en esta demanda. También llama la atención que en los hechos señalados por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, Cundinamarca, al resolver impugnación de tutela el 6 de noviembre de 2018, se indica que el accionante adujo que *"se vinculó laboralmente a BAVARIA S.A. por intermedio de la Organización Serdán para ejercer labores de Montacargas o Autoelevador para transportar producto de cerveza terminada y envases de cerveza en las líneas de producción en la Planta de Fabricación de Tocancipá, en varios periodos, del 11 de marzo de 2004 a 20 de junio de 2008 y 07 de diciembre de 2010 a 4 de abril de 2012. Posteriormente, se vinculó laboralmente con la empresa Bavaria SA., Por intermedio de la empresa Compañía de Almacenamiento & Servicios para ejercer labores de Montacargas o Autoelevador para transportar producto de cerveza terminada y envases en las líneas de producción en la Planta de Fabricación de Tocancipá, desde el 14 de mayo de 2015 y hasta el 1 de abril de 2017. Posteriormente, la menciona empresa temporal, con otra razón social, siguió con su contrato laboral, esto es, a través de la empresa ASL S.A."* (Pág. 255 a 256 PDF 01). Documental que coincide con el contenido de las certificaciones laborales ya referidas, y en la medida que estaba en cabeza de la parte demandante probar la continuidad del servicio pretendido en la demanda y no lo hizo, se deberá modificar la sentencia de la a quo, en este aspecto y declarar la existencia de los siguientes vínculos laborales entre el demandante y Bavaria S.A.

1. Del 11 de marzo de 2004 a 20 de junio de 2008

2. Del 7 de diciembre de 2010 a 10 de abril de 2012
3. Del 14 de mayo de 2015 a la fecha.

Es de tener presente que si bien en la certificación ASL señaló que el contrato terminó el 8 de julio de 2018, también adujo que en cumplimiento de una acción de tutela se debió reintegrar y se encuentra bajo el art. 140 del CST. Debiéndose tener presente que no existe claridad del momento en que terminó el vínculo entre Bavaria y ASL, pues las comunicaciones enviadas simplemente dan cuenta de que esta no fue escogida en la licitación para seleccionar el nuevo operador logístico; pero el contrato CT-2017-94 celebrado entre dichas empresas en el año 2017, dejó claro que terminaba en marzo de 2019, pues en la cláusula décimo cuarta se indica: *“El presente contrato tendrá vigencia de 24 meses una vez sea suscrito por las partes. El plazo para la ejecución de los servicios del contrato es del 1 de abril de 2017 hasta el 31 de marzo de 2019”* (pág. 256 PDF 1). De modo que en principio se tendrá que esta sería, como mínimo la fecha en que terminó dicho contrato comercial. Así entonces todas las actuaciones con incidencia laboral que haya podido hacer ASL durante la vigencia de la relación con Bavaria, las hizo en su calidad de intermediaria y como representante del empleador, esto es, de Bavaria, y comprometen a esta, por lo que la persistencia del contrato del actor tiene consecuencias frente a la referida compañía, sin que la ulterior terminación del contrato comercial, trastoque esta situación, y no se acreditó que el trabajador hubiese sido vinculado a otra empresa como para que pueda hablarse de ruptura de la relación inicial. Por lo anterior, es claro entonces que entre el actor y la Bavaria se encuentra vigente el último contrato, este es, el que tiene como extremo inicial el 14 de mayo de 2015.

Ahora, como se indicó al plantear los problemas por resolver, corresponde determinar si la demandada debe reinstalar al demandante al cargo de operario de montacargas o auto elevador o uno de igual o superior jerarquía; esto, bajo el grado jurisdiccional de consulta, pues como ya se indicó, si bien la a quo declaró la existencia del contrato de trabajo, absolvió a la demandada de todas las pretensiones condenatorias en su contra. Frente a este punto, advierte la Sala es que al momento en que ASL reintegró al demandante en cumplimiento del fallo de tutela y dio aplicación a lo establecido en el artículo 140 del C.S.T, no se evidencia que haya habido un cambio de cargo del demandante, incluso en el hecho 17 de la demanda indica el actor que desempeña el cargo de autoelevador o montacargas dentro de las instalaciones de la empresa Bavaria S.A.; y si bien el demandante allegó un desprendible de otro trabajador, donde indica que devenga la suma mensual de \$2.300.000, se ha de advertir que de dicho documento no se logra evidenciar qué cargo desempeña, ni si era trabajador directo de Bavaria, por tanto, no se puede determinar si había

alguna diferencia respecto del salario devengado por el actor y por personal contratado directamente por Bavaria S.A. que desempeñara el mismo cargo, punto que tampoco fue objeto de litigio dentro del presente proceso.

En cuanto a la aplicación del pacto colectivo, debe señalarse que no se acreditó que el demandante fuera beneficiario de este acuerdo, por cuanto no aparece demostrado que haya suscrito el mismo, o que con posterioridad se haya adherido a él, a lo que se suma que dicho instrumento dispuso de manera expresa que se aplicaría solamente a los trabajadores no sindicalizados de Bavaria S.A. y Cervecería del Valle S.A. *“lo suscriban o se adhieran a él posteriormente”* (pág. 6 archivo PDF 20), y es que en el presente caso, el mismo demandante adujo que no se ha adherido al mismo; contrario a ello, sí se acreditó que el demandante se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRACERGAL conforme a la notificación realizada el 13 de junio de 2018 a Bavaria S.A. (PÁG. 77 PDF 01); condición que impide que se adhiera al pacto colectivo, pues como en el mismo se indica, se aplica a trabajadores no sindicalizados.

Y si en gracia de discusión se aceptara que el actor es beneficiario del pacto colectivo, de todas formas no habría lugar a tener como salario el referido por el apoderado en su recurso, por cuanto los topes salariales que se establecieron en el citado pacto colectivo, fueron máximos e incluyen tanto la porción fija más la variable y además sujeto a desempeño, de donde puede deducirse que no es dable interpretar esa estipulación como hace el demandante que entiende que se trata del salario fijo y mínimo por pagar; la norma contractual señala el máximo que puede devengar el que desempeñe el cargo aludido, y como se refiere a salario fijo como variable es dable deducir que el monto definitivo está en relación con las jornadas que desempeñe el trabajador, lo que aquí tampoco se demostró.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por Bavaria y el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor.

Sin costas en esta instancia teniendo en cuenta que el recurso de apelación salió avante parcialmente.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 4 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro

del proceso promovido por CESAR AUGUSTO SIERRA SIERRA contra BAVARIA & CIA. C.S.A. y otros, en el sentido de declarar que entre el señor SIERRA SIERRA y la demandada BAVARIA & CIA. C.S.A. hubo los siguientes contratos de trabajo: del 11 de marzo de 2004 al 20 de junio de 2008; del 7 de diciembre de 2010 al 10 de abril de 2012 y del 14 de mayo de 2015 en adelante, el cual se encuentra vigente.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

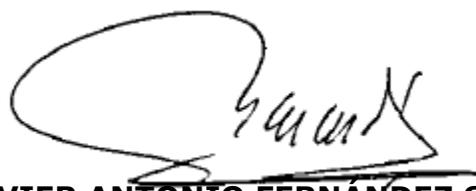
CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria